Inhalt und Bedeutung

des

§ 405 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

John Bonheim,
Referendar.

Schwerin i. M. 1904.
Druck der Bärensprungschen Hofbuchdruckerei.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549203_0032

Meinen Eltern!

Disposition.

Einleitung: Stellung des § 405 in dem die Übertragung von Forderungen behandelnden Abschnitte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

I. Abschnitt: Gemeines und französisches Recht.

II. Abschnitt: Das dem § 405 zugrunde liegende Prinzip.

III. Abschnitt: Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 405.
1. Begründung einer Scheinforderung.
2. Begründung einer nicht übertragbaren Forderung.
3. Ausstellung einer Urkunde.
4. Abtretung der Forderung unter Vorlegung der Urkunde.
5. Guter Glaube des Erwerbers bei der Abtretung.

IV. Abschnitt: Die dem gutgläubigen Erwerber dem Schuldner gegenüber aus § 405 gewährten Rechte.
1. Der Schutz des Erwerbers im allgemeinen.
2. Die dem gutgläubigen Erwerber gegenüber ausgeschlossenen Einreden.
3. Konstruktion des Rechtes des Erwerbers.
4. Weiterzession.
5. Beweis.

V. Abschnitt: Ausgleichspflicht.

VI. Abschnitt: Nichtanwendbarkeit des § 405 im Falle des Überganges einer Forderung kraft Gesetzes.

VII. Abschnitt: Anwendung des § 405 im Gebiete des Sachenrechtes.

Schluß: Übergangsvorschriften.

Literatur.

Annalen der badischen Gerichte, Bd. 69.

Archiv für rheinisches Recht, Bd. 82.

Bähr, Über Irrungen im Kontrahieren. Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 14.

Biermann, Sachenrecht.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechtes.

Crome, System des bürgerlichen Rechtes.

Dernburg, Bürgerliches Recht.

Eck, Vorträge über das B.G.B., herausgegeben von Leonhard.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes.

Fischer-Henle, B.G.B., III. Auflage.

Förtsch, Vergleichende Darstellung des code civile und B.G.B.

Fuchs, Kommentar zum Grundbuchrecht.

Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich.

Goldmann-Lilienthal, Kommentar zum B.G.B.

Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 40.

Habicht, Einwirkung des B.G.B. auf entstandene Rechtsverhältnisse (1899).

Hachenburg, Bürgerliches Gesetzbuch, II. Auflage.

Hartmann, Wort und Wille im Rechtsverkehr. Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 20.

Heinsheimer, Zeitschrift für französisches Zivilrecht, Bd. 20.

Hellwig, Deutsches Zivilprozeßrecht, Bd. 1.

Hellwig, Rechtskraft.

Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen, Bd. 17 u. Bd. 18.

Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation. Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 4.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B.

Laukhard, Rechtsfälle, Bd. 2.

Matthiaß, Das bürgerliche Recht, Bd. 1.

Meisner, Recht der Schuldverhältnisse.

Mommsen, Die Privaturkunde als Gegenstand der Fälschung' Gerichtssaal, Bd. 36.

Mommsen, Erörterungen, Bd. 2.

Motive zum Entwurf des B.G.B.

Neumann, Handausgabe des B.G.B.

Örtmann, Recht der Schuldverhältnisse.

Planck, Kommentar zum B.G.B.

Protokolle zum Entwurf des B.G.B.

Ramdohr, Schutz mangelhafter Erkenntnisfähigkeit im B.G.B. in Gruchot's Beiträge, Bd. 44.

Rehbein, Bürgerliches Gesetzbuch.

Rheinisches Archiv, Bd. 82 u. Bd. 83.

Riedel, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgem. Teil.

Scherer, Gesetzgebung des Deutschen Reiches.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 1.

Stammler, Recht der Schuldverhältnisse.

Staub, Kommentar zur Wechselordnung.

Staudinger, Recht der Schuldverhältnisse.

Vogel, Mentalreservation und Simulation, Dissertation.

Windscheid, Wille und Willenserklärung. Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 63.

Zachariae-Crome, Französisches Zivilrecht.

Einleitung.

Das B.G.B. steht, abweichend vom römischen, jedoch in Übereinstimmung mit der Wissenschaft und Praxis des gemeinen Rechtes, sowie den modernen Gesetzgebungen bei der Regelung der Übertragung von Forderungen durchweg auf dem Boden des Prinzipes der Sondernachfolge in die Forderung. Diese bleibt bestehen, lediglich das rechtliche Band, welches sie mit dem ursprünglichen Gläubiger verknüpft, wird von diesem losgelöst und auf den neuen Gläubiger übertragen. Die Übertragung selbst geschieht durch einen von dem zugrunde liegenden Geschäft losgelösten, also abstrakten, grundsätzlich formlosen Vertrag, ohne daß es hierbei einer Mitwirkung des Schuldners bedürfte. Durch den Abtretungsvertrag geht die Forderung auf den neuen Gläubiger über und zwar in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit der Abtretung befindet, mit den ihr anhaftenden Vorzügen und Mängeln. Es vermag die Abtretung nur diejenigen Rechte zu übertragen, die dem abtretenden Gläubiger selbst zustehen. Ist also die Forderung nichtig, so kann auch der Erwerber irgendwelche Rechte nicht erlangen. Dieser Grundsatz erleidet

eine Ausnahme durch die in § 405 B.G.B. enthaltene Bestimmung:

„Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt oder daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte."

I. Abschnitt.

Gemeines und französisches Recht.

Der erst in den Kommissionsberatungen in das Gesetz aufgenommene § 405 enthält keineswegs einen völlig neuen Rechtsgedanken, sondern wie vielfach, bildet auch hier das B.G.B. nur den Abschluß der voraufgegangenen Rechtsentwickelung. Wissenschaft und Praxis des gemeinen sowohl, als auch des französischen Rechtes haben den hier ausgesprochenen Rechtssatz ausgebildet, um die Unbilligkeit, welche darin liegt, daß der Schuldner dem gutgläubigen Erwerber einer Forderung den Einwand der Simulation wirksam sollte entgegensetzen können, zu beseitigen bezw. zu mildern. Der Gang dieser Entwickelung ist kurz folgender:

Ob und in welcher Weise die Quellen[1]) zu dieser Frage Stellung genommen haben, läßt sich nicht mit Bestimmtheit feststellen; sie sind weder für die Bejahung noch für die Verneinung des Schutzes des gutgläubigen Dritten anzuführen; anzunehmen ist, daß man sich hier vermittels der exceptio doli half. Aber das moderne Recht, welches, wie Windscheid[2]) treffend sagt, „eine entschiedene Neigung zeigt, den guten Glauben gegenüber der Wirklichkeit in der Weise zu begünstigen, daß es dem guten Glauben von dem Vorhandensein einer Tatsache die gleiche Wirkung beilegt, wie der Tatsache selbst", konnte bei der aus dem Rechtssatze: „nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet", sich ergebenden starren Rechtskonsequenz nicht stehen bleiben. Es suchte und fand deshalb Wege, dieselbe zu mildern, um den Interessen des Verkehrs und den Anforderungen des modernen Rechtes gerecht zu werden.

„Um des Lebensprinzipes des Verkehrs willen" will Hartmann[3]) diesen Schutz dem gutgläubigen Dritten geben; es ist nach ihm „jenes zwingende Rechtsgefühl", kraft dessen das Appellationsgericht Kiel eine dem in § 405 B.G.B. enthaltenen Grundsatz entsprechende Entscheidung dahin motiviert, „daß derjenige, welcher einem anderen ein offenes Zeugnis über bestehende Rechtsverhältnisse ausstellt und bewußtermaßen zum Gebrauch überläßt, Dritten gegenüber den Inhalt dieses Zeugnisses gelten lassen muß, daß

---

[1]) Vgl. die Quellenzitate bei Kohler in Ihering's Jahrb., Bd. 16 S. 130.

[2]) Windscheid im Archiv für zivil. Praxis, Bd. 63 S. 79.

[3]) Hartmann in Ihering's Jahrb. für Dogmatik, Bd. 20 S. 5 flg.

er die in diesem in gutem Glauben an die Wahrheit des Bezeugten vorgenommenen Rechtshandlungen anzuerkennen hat und sich nicht auf geheime Klauseln, Simulation und Mentalreservation berufen darf".

Zu demselben Resultat würde auch Bähr[1]) auf Grund des von ihm aufgestellten allgemeinen Satzes kommen, daß derjenige, welcher beim Kontrahieren in einer ihm zuzurechnenden Weise die äußere Erscheinung seines Willens hervorruft, sodaß der ihm Gegenüberstehende — hierunter versteht Bähr, wie aus den von ihm gewählten Beispielen hervorgeht, auch Dritte — bona fide Rechte daraus erlangt zu haben glaubt und glauben darf, mit der Behauptung, daß ihm in Wirklichkeit der entsprechende Wille gefehlt hat, nicht gehört wird. Er haftet aus der äußeren Erscheinung seines Willens gerade so, als wenn er wirklich gewollt hätte.

Ebenso verneint auch Mommsen[2]) die Zulassung der Einrede der Simulation. Unter analoger Anwendung der für die Stellvertretung geltenden Vorschriften konstruiert er so, daß der Gläubiger durch die Urkunde zur Vornahme des fraglichen Geschäftes Dritten gegenüber als legitimiert gilt.

Vor allem aber war es Kohler[3]), der sowohl de lege lata, als auch de lege ferenda dafür eintrat, aus Gründen der Gerechtigkeit und Politik „dieses Schein-

[1]) Bähr, Über Irrungen im Kontrahieren. Jahrb. für Dogmatik, Bd. 14 S. 401/402.

[2]) Mommsen, Erörterungen, Bd. 2 S. 100.

[3]) Studien über Mentalreservation und Simulation. Jahrb. für Dogmatik, Bd. 14 S. 130 flg.

recht, welches wie eine falsche Münze im Verkehr kursiert, zu lokalisieren und für die Gesundheit des Verkehrs möglichst unschädlich zu machen". Es ist dies nach ihm ein Postulat der Gerechtigkeit, eine höhere Aufgabe des Rechtes, eine Fortbildung desselben im Geiste des römischen Rechtes! Der Erwerber einer Forderung soll dem die Einrede der Simulation vorschützenden Schuldner die replicatio doli wirksam replizieren können. Kohler formuliert den von ihm verteidigten Rechtsgedanken dahin:

„Ist über einem Rechtsakt eine Urkunde aufgenommen worden, welche der Simulation keine Erwähnung tut, so kann der Einwand der Simulation weder demjenigen entgegengehalten werden, welcher auf Grund dieser Urkunde in gutem Glauben Rechte erworben hat, noch seinem Rechtsnachfolger."

Während man im Gebiete des gemeinen Rechtes den den gutgläubigen Erwerber einer Forderung gegen die Einrede der Simulation schützenden Rechtssatz unter den verschiedenartigsten Begründungen zur Geltuug zu bringen versuchte, war derselbe von der Praxis des rheinisch-französischen Rechtes schon allgemein anerkannt.

Den Ausgangspunkt nahm hier die Entwicklung von dem Art. 1321 des code civile. Dieser bestimmt: „Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes, elles n'ont point d'effet contre les tiers." Contre-lettres bedeutet[1]), daß den in einem bestimmten Akte enthaltenen Willenserklärungen der Par-

[1]) Vergl. Entsch. des R.G. in Jurist. Zeitschrift für Elsaß-Lothringen, Bd. 18 S. 573.

teien in dem Gegenscheine — mit der Absicht der Geheimhaltung — als von ihnen nicht gewollt, die Wirksamkeit entzogen wird. Ein derartiger Gegenschein, welcher die im Vertrage enthaltene Simulation zum Ausdruck bringt, wirkt nicht gegen Dritte, d. h. alle diejenigen, welche nicht zu dem Gegenbrief ihre Zustimmung gegeben haben und auch sonst nicht die Rechtshandlungen der Parteien zu vertreten verpflichtet sind. Zu diesen Dritten gehört vor allen der Cessionar. Ihm gegenüber sind geheime Nebenabreden zwischen Zedenten und Zessus, welche im Widerspruch mit dem nach außen hin erklärten Willen stehen, unwirksam.

Dieser Grundsatz der Nichtwirksamkeit der contre-lettres gegen gutgläubige Dritte ist sowohl von der Judikatur des Kassationshofes[1]), als auch von derjenigen des Reichsgerichtes[2]) in wiederholten Entscheidungen anerkannt. Besonders in der Bd. 20 S. 340 abgedruckten Entscheidung stellt letzteres vor allem für das französische, aber auch für das gemeine Recht den Grundsatz auf, „daß man sich einem Dritten gegenüber jedenfalls dann nicht auf die Simulation berufen kann, wenn dieser Dritte im Vertrauen auf die Ernstlichkeit des Willens, mit welchem die Eingehung eines Rechtsgeschäftes erklärt worden ist, gehandelt hat und nun dadurch beschädigt werden soll, daß der eine Teil der (scheinbaren) Kontrahenten die Simulation geltend macht. Für den

[1]) Vergl. Entsch. bei Laukhard, Rechtsfälle, Bd. 2 S. 350 und 353.

[2]) Vergl. Zeitschrift für Elsaß-Lothringen, Bd. 17 S. 523 und Bd. 18 S. 573.

Dritten könnte nur die Willenserklärung, wie sie vorliegt, maßgebend sein; daß dieselbe nicht ernstlich gewollt sei, sei eine für ihn fremde Tatsache. Er würde mit Unrecht Schaden leiden, wenn durch diese ihn nicht berührende Tatsache ein Anspruch beseitigt werden könnte, welchen er auf Grund des nach außen hin vorbehaltlos erklärten Willens von einer der Parteien erworben hätte, welche sich als Kontrahenten dargestellt haben; andererseits geschehe aber demjenigen kein Unrecht, wenn diesem Dritten gegenüber an der Tatsache festgehalten wird, daß er äußerlich einen Willen erklärt hat; er steht nur für die Folgen seines eigenen Handelns ein, welches einem Dritten keinen Nachteil bringen dürfe".

II. Abschnitt.

Das dem § 405 zugrunde liegende Prinzip.

Die in § 405 enthaltene Vorschrift ist eine von denjenigen im B.G.B. sich verschiedentlich findenden Bestimmungen, bei denen eine Rechtswirkung eintritt, welche dem normalen, juristischen Verlaufe widerspricht und mit der Rechtslogik unvereinbar zu sein scheint.

Wir können nun bei dem Stande unserer heutigen, auf einem System beruhenden Rechtswissenschaft nicht dabei stehen bleiben, in diesen einzelnen Vorschriften nichts anderes, als unzusammenhängende, aus Utilitäts- oder rechtspolitischen Gründen geschaffene Ausnahmen von der allgemeinen Regel zu sehen, sondern müssen

davon ausgehen, daß die sämtlichen derartigen, auf den ersten Blick befremdlich erscheinenden Rechtsgebilde auf einem gemeinschaftlichen Grundgedanken basieren, den wir versuchen müssen zu gewinnen.

Vielfach[1]) wird die bona fides als das allgemeine Prinzip angesehen, auf dem die einzelnen Rechtssätze beruhen. Wenn es nun allerdings auch entschieden richtig ist, daß im modernen Recht und ganz besonders im B.G.B. der gute Glaube eine wesentliche Rolle spielt, kann er dennoch als Basis eines allgemeinen Rechtsgedankens nicht anerkannt werden.

Hiergegen spricht schon, daß nach der vom Gesetze selbst in § 932 B.G.B. gegebenen Legaldefinition guter Glaube nicht sowohl das Überzeugtsein, sondern lediglich das Nichtkennen eines bestimmten Umstandes bedeuten kann, also etwas rein negatives. Ist es nun schon nicht anzunehmen, daß ein Nichtkennen rechtserzeugende Kraft haben soll, so spricht weiter gegen die obige Auffassung, daß wir im Gesetze einen allgemeinen Rechtssatz über den Schutz des guten Glaubens nicht finden sowie, daß es überhaupt kein einheitliches Institut ist, welches wir mit „guter Glaube" bezeichnen, da die Voraussetzungen für das Vorhandensein desselben bei den verschiedenen Rechtsinstituten ganz verschieden sind.

Wäre der gute Glaube der grundlegliche Faktor, so wäre es auch schwer zu erklären, weshalb derselbe in einzelnen Fällen rechtserzeugende Kraft haben sollte, in anderen gleichartigen jedoch, auch wenn die Voraussetzungen

---

[1]) Vergl. z. Folgenden Ramdohr in Gruchot's Beiträgen, Bd. 44.

in der Person des Erwerbers die gleichen sind, völlig versagt. Kann doch der Erwerber einer beweglichen fremden Sache in demselben guten Glauben sein, mag sie nun dem Veräußerer anvertraut oder von ihm gestohlen sein. Im ersteren Falle wird der Erwerber geschützt, im letzteren nicht. Gleich kann auch der gute Glaube des von einer Ehefrau Erwerbenden sein, mag nun der veräußerte Gegenstand zum eingebrachten Gut gehören oder nicht. Und doch versagt der gute Glaube im ersteren Falle!

Auch die von den gemeinrechtlichen Lehrern gebrauchten Schlagworte, „Verkehrssicherheit", „Postulat der Gerechtigkeit", „Schutz um des Lebensprinzipes des Verkehrs willen" oder „aus zwingendem Rechtsgefühl" sind bei ihrer Allgemeinheit nicht geeignet, eine rechtswissenschaftliche Begründung zu geben. Wohl aber geben sie uns den Zweck und Grund der hier behandelten Erscheinungen an, hinter ihnen verbirgt sich das große Rechtsprinzip, welches vielfach mit dem, juristisch allerdings unrichtigen, Ausdruck „Schutz des guten Glaubens" bezeichnet wird.

Dieses Prinzip hat Ramdohr[1]) in seinem „Schutz mangelhafter Erkenntnisfähigkeit" betitelten Aufsatze m. E. treffend dargestellt, und sollen daher dessen Ausführungen hier kurz skizziert werden.

Er führt es zurück auf den im Rechtsleben bestehenden Gegensatz zwischen den abstrakten, aus einer Kette von logischen Schlußfolgerungen sich zusammensetzenden Rechtsgebilden und demjenigen Bilde, wie es sich unserem Auge auf Grund der realen Tatsachen darbietet. An diesem

[1]) Ramdohr cit.

durch unsere menschliche Schwäche hervorgerufenen Gegensatz kann die Rechtsordnung nicht achtlos vorbeigehen, um ihrem Hauptzweck, dem Schutze menschlicher Lebensinteressen zu dienen, gerecht zu werden. Vor allem aber muß sie den einzelnen gegen unverdiente, aus dem erwähnten Gegensatze sich ergebende Nachteile schützen, wenn er selbsthandelnd in das Rechtsleben einzugreifen in die Lage kommt. Diese Notwendigkeit hat auch das B.G.B. anerkannt, es versucht den beregten Gegensatz aber nicht in der Weise auszugleichen bezw. zu mildern, daß es einen allgemeinen, den Schutz des Rechtsgenossen proklamierenden Satz aufstellt, da dies einem völligen Bruch mit jedem System gleichkäme; vielmehr läßt es das Rechtsfundament unangetastet und läßt den Schutz nur dann eintreten, wenn besondere schutzwürdige Interessen vorliegen.

Festzuhalten ist jedoch immer, daß diese auf dem eben kurz skizzierten Prinzipe beruhenden und unter sich durch dasselbe zusammenhängenden Vorschriften von den allgemeinen Rechtsprinzipien Ausnahmen bilden. Derartige Ausnahmen schafft das Gesetz durch positive Norm, es läßt sie jedoch nur eintreten, wenn das Vertrauen des zu Schützenden sich auf eine reale Grundlage stützt. Diese Grundlagen sind die vorhandenen oder zu solchem Zwecke vom Gesetze geschaffenen Erkenntnisquellen[1]), sie bilden den Ausgangspunkt des ganzen Schutzsystems, das in ihnen sich wiederspiegelnde Rechtsbild darf der Beteiligte in bestimmten Beziehungen als Recht ansehen.

---

[1]) Dieser Ausdruck wird auch in den Motiven in Beziehung auf das Grundbuch gebraucht. (Motive III, S. 208.)

Dieser der menschlichen Erkenntnisschwäche gewährte Schutz muß selbstverständlich versagen, wenn im Einzelfalle das aus der Erkenntnisquelle sich dem Blicke darbietende Bild durch die bessere Einsicht des Beteiligten überholt wird oder durch die nach Lage der Sache von dem Rechtsgenossen anzuwendende Sorgfalt überholt werden konnte.

Welchen Gegenstand der Sinnenwelt das Gesetz zu einer Erkenntnisquelle stempelt, wann und inwieweit das aus ihr sich spiegelnde Bild der wirklichen Rechtslage gegenüber als richtig gilt, welches Vertrauen der Rechtsgenosse der Erkenntnisquelle schenken darf, bestimmt es im Einzelfalle nach Zweckmäßigkeitsgründen und nach den in Betracht kommenden zu schützenden Interessen verschieden.

Zu diesen dem Schutze der mangelnden Erkenntnisfähigkeit dienenden Vorschriften gehört, wie schon erwähnt, auch der § 405, durch welchen der Erwerber einer Forderung gegen gewisse Einreden des Schuldners geschützt wird.

Die Voraussetzungen für den Eintritt dieses Schutzes sollen im folgenden Abschnitt näher erörtert werden.

III. Abschnitt.

Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 405.

1. Begründung einer Scheinforderung.

Zwei Tatbestände sind es, bei deren Vorliegen durch § 405 B.G.B. bestimmt wird, daß, wenn das unserem Auge sich zeigende Bild mit dem abstrakten, auf Grund

logischer Denkoperationen zu gewinnenden Rechtsgebilde nicht übereinstimmt, das letztere gegenüber dem ersteren zurücktreten soll.

Von diesen beiden Tatbeständen wollen wir zunächst denjenigen betrachten, welcher dadurch geschaffen wird, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses, mithin das Rechtsverhältnis, auf welches sich die angebliche Forderung gründet, zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und Schuldner nur zum Schein erfolgt ist.

Da, wie wir später sehen werden, — abgesehen von dem Falle der vereinbarten Nichtübertragbarkeit, — nur die gerade auf diesen Tatbestand sich gründende Einwendung ausgeschlossen ist, so vernotwendigt sich eine scharfe Abgrenzung desselben von verwandten Tatbeständen. Als solche kommen in Betracht alle diejenigen Fälle, in welchen sich der Erklärende der Nichtübereinstimmung seines wirklichen mit dem erklärten Willen bewußt ist.[1] Hierunter fallen zunächst diejenigen Fälle, bei denen der Erklärende eine Täuschungsabsicht hat und zwar gegenüber seinem Vertragsgegner, und diejenigen, wo er überhaupt nicht täuschen will.[2]

Zwischen diese beiden Kategorien stellt das Gesetz das Scheingeschäft, bei welchem zwar auch die Absicht zu täuschen obwaltet, diese Absicht aber nicht dem Erklärungsempfänger gegenüber besteht. Diese dem Schein-

[1] Die gemeinrechtliche Theorie faßte diese sämtlichen Fälle unter dem Sammelnamen „Simulation im weiteren Sinne" zusammen und bezeichnete das wirkliche, uns hier interessierende Scheingeschäft als „Simulation im engeren Sinne". Wir verstehen unter Scheingeschäft oder simuliertem Geschäft nur das in § 117 Abs. 1 B.G.B. behandelte.

[2] Motive I § 95 a f.

geschäft charakteristische Täuschungsabsicht unterscheidet dasselbe von denjenigen Gestaltungen scherzweiser Erklärungen, welche der Erklärende in der Erwartung abgibt, der Scherz werde verstanden werden, sowie in den Fällen, in welchen eine Erklärung als Lehrbeispiel, höfliche Redensart oder theatralische Darstellung abgegeben wird. Hierunter rechnet auch der Fall des einseitigen oder mißlungenen Scheingeschäftes, wenn jemand, der ein Scheingeschäft vornehmen will, irrtümlicherweise voraussetzt, der andere Teil habe seine Simulationsabsicht erkannt und sei damit einverstanden.

Es besteht also beim Scheingeschäft eine Täuschungsabsicht, jedoch dritter, außenstehender Personen, nicht aber gegenüber dem Erklärungsempfänger, wie bei der Mentalreservation. Dies Unterscheidungsmerkmal, welches diese beiden Rechtsgebilde von einander abgrenzt, trifft auch zu bei der dem Scheingeschäft nicht unähnlichen zweiseitigen Mentalreservation. Hier kennt zwar der Anerklärte den geheimen Willen, mag er ihn nun zufällig vor oder bei Abschluß des Vertrages erfahren haben, es besteht zwar Kenntnis, nicht aber Einverständnis über denselben. Denn der Erklärende weiß nicht, daß sein Vertragsgegner den Vorbehalt kennt, er hat auch hier die Absicht, ihn, nicht aber Dritte zu täuschen.

Im Unterschied von diesen Geschäften wollen beim Scheingeschäft die Parteien Dritte täuschen, und zu diesem Zwecke schaffen sie dasselbe. Im vollen Einverständnis mit einander geben sie Offerte und Annahme derselben nur zum Schein ab, jeder von ihnen weiß, daß das von ihm und seinem Vertragsgegner Erklärte mit seinem bezw.

des Gegners Willen nicht übereinstimmt. Dies von ihnen scheinbar geschlossene Geschäft soll irgendwelche Rechtsfolgen überhaupt nicht haben, es ist nur der Schein eines Geschäftes, welches zu irgend einem Zweck hervorzurufen die Parteien für gut befinden.[1]) Dies letzterwähnte Erfordernis unterscheidet das Scheingeschäft von den dissimulierten und fiduziarischen Geschäften. Bei diesen sollen Rechtswirkungen hervorgebracht werden, wenn auch andere, als es nach außen hin den Anschein hat. Beim dissimulierten Geschäft verbirgt sich unter der Hülle des Scheingeschäftes ein anderes wirksames Geschäft mit einem ernstlich gemeinten Zwecke, beim fiduziarischen ist es so, wie es äußerlich geschlossen, wirklich gewollt, um als Mittel zu einem anderen Zweck zu dienen.

Wie schon hervorgehoben, ist für das Scheingeschäft charakteristisch die Absicht der Parteien, Außenstehende zu täuschen. Es braucht deshalb aber nicht in dem Abschlusse eines solchen Geschäftes ein unerlaubtes, gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten zu liegen, sondern es kann sehr wohl völlig erlaubten Zwecken dienen, so z. B., wenn die Parteien ihre Vermögensverhältnisse vor der Neugierde Unberufener verdecken wollen. Häufig allerdings dient es dazu, den Gläubigern des Scheinschuldners dessen Habe zu entziehen und verfolgt dann allerdings einen vom Recht nicht zu billigenden Zweck.

[1]) Vergl. R.G. Bd. 9 S. 313, woselbst das Vorliegen eines Scheingeschäftes mit Recht abgelehnt wird, da nicht nach dem Vertragswillen der Schuldschein keine Rechtswirkung haben sollte, vielmehr der Schuldner im Falle der Zession ernstlich aus ihm haften wollte.

Selbstverständlich ist die Veranlassung für den Abschluß des Scheingeschäftes selbst gleichgültig, es genügt, daß die Parteien es mit ihrem Wissen und Willen getätigt haben, mögen sie auch durch falsche, ja sogar betrügerische Vorspiegelungen dazu veranlaßt worden sein.[1]) Es setzt seinem Wesen nach einen Vertrag, oder wenigstens ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft voraus, welche durch ausdrückliche oder stillschweigende Annahme zustande kommen können.[2])

Auch wenn die das Schuldverhältnis begründenden Erklärungen vor staatlichen Organen im Einverständnis der Parteien nur zum Schein abgegeben, oder auch beurkundet werden, verlieren sie dadurch nicht den Charakter des Scheingeschäftes, ebensowenig wie ein durch Scheinerklärungen erschlichenes Urteil. Wenn also z. B. ein Anspruch gegen den Beklagten nur zum Schein geltend gemacht wird, der Beklagte aber entweder garnicht erscheint, oder den klägerischen Anspruch anerkennt, und wenn diese Rechtshandlungen im Einverständnis mit dem Kläger eine ernstliche Willenserklärung nicht enthalten sollen, so kann auch das hierauf ergangene Urteil das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis nicht in ein anderes verwandeln und Rechte begründen, die nach dem Willen der Parteien nicht entstehen sollten.[3])

---

[1]) Vergl. Entsch. im rheinischen Archiv, Bd. 82 II S. 78.

[2]) Vergl. Entsch. in Gruchot Beiträge, Bd. 35 S. 399.

[3]) A. M. Planck (dritte Auflage) zu § 117 a. E. ohne nähere Begründung. Für die im Text vertretene Ansicht: Riedel, B.G.B. S. 495 a. E.; Scherer, zu § 405 a. E.; Rehbein, S. 126 a. E. Auch die Entscheidungen des Reichsgerichtes in Bd. 36 S. 249 und Juristische Wochenschrift 1900 S. 301 stehen auf dem gleichen Standpunkt.

Denn das Urteil soll nicht Recht schaffen, sondern vorhandenes Recht feststellen; es hat regelmäßig nicht konstitutive, sondern nur deklaratorische Kraft, sodaß eine Vereinbarung der Parteien, daß das demselben zugrunde liegende Schuldverhältnis nur zum Schein eingegangen ist, auch dem rechtskräftigen Urteil gegenüber eingewandt werden kann.

Das über die Scheineingehung eines Schuldverhältnisses Gesagte gilt auch, wenn die Anerkennung desselben zum Schein erfolgt ist mit der Modifikation, daß hier gemäß §§ 780, 781 B.G.B., damit überhaupt der Schein eines derartigen Rechtsgeschäftes vorhanden ist, die Ausstellung einer Urkunde, welche den Formvorschriften des § 126 B.G.B. genügen muß, wesentlich ist.

2. Begründung einer nicht übertragbaren Forderung.

Ein weiterer Tatbestand, bei welchem die Anwendung des § 405 möglich ist, liegt vor, wenn die Forderung zwar gültig entstanden, ihre Abtretung aber durch Parteiabrede ausgeschlossen ist. Eine derartige Vereinbarung ist gültig und zwar wirkt dieselbe gemäß § 399 B.G.B. nicht nur unter den Parteien, sondern auch gegen Dritte. In der Zulassung dieses mit dinglicher Wirkung ausgestatteten pactum de non cedendo liegt aber nicht, wie vielfach angenommen wird[1]), eine Ausnahme oder gar ein Widerspruch zu § 137 B.G.B., sondern lediglich eine mittelbare Modifikation desselben. Denn durch ihn

[1]) So z. B. Staudinger zu § 399.

wird bestimmt, daß einem veräußerlichen Rechte durch Parteiabkommen die objektive Verkehrsfähigkeit nicht genommen werden darf, worin allerdings auch enthalten ist, daß die Verfügungsbefugnis nicht mit Wirkung gegen Dritte beschränkbar ist. Durch § 399 B.G.B. hingegen wird lediglich ein Schuldverhältnis mit dem Inhalt geschaffen, daß der Gläubiger verpflichtet sein soll, die Forderung nicht zu veräußern, und diese Beschränkung des Gläubigerrechtes wird mit Wirksamkeit gegen Dritte versehen.

Durch diese Bestimmung wird ein Schuldverhältnis mit einem derart individualisierten Inhalt geschaffen, daß das Verlangen, an einen anderen, als den ursprünglichen Gläubiger zu leisten, als eine andere Leistung erscheint, als die, welche der Schuldner ursprünglich eingegangen ist; es liegt also hier nur ein speziell erwähnter Anwendungsfall der in § 399 B.G.B., erster Halbsatz, getroffenen Bestimmung vor, daß eine Forderung nicht abtretbar ist, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes erfolgen kann.

Die objektive Verkehrsfähigkeit der Forderung wird durch die Vorschrift des § 399 B.G.B. in keiner Weise tangiert; würde diese etwa durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten ausgeschlossen, so würde einer derartigen Vereinbarung durch § 137 B.G.B. jede Wirkung gegen Dritte versagt sein.

Die Vereinbarung der Nichtübertragbarkeit kann sowohl bei Abschluß des Vertrages, als auch nachher erfolgen; im letzteren Falle ist so zu konstruieren, daß die alte

Forderung als aufgehoben gilt und ein neuer Vertrag mit verändertem Inhalt geschlossen wird.[1]) Es muß aber, damit der Tatbestand unter § 405 fällt, die Vereinbarung zwischen dem Schuldner und dem ursprünglichen Gläubiger getroffen sein.[2]) Indem das Gesetz diese Bezeichnung wählt, bringt es damit zum Ausdruck, daß es nicht genügt, wenn die Abrede mit irgend einem Gläubiger getroffen ist. Denn dann würde es ihn „Gläubiger" oder, wenn es ihn dem Erwerber der Forderung gegenüberstellen will, „bisherigen Gläubiger" genannt haben. Die hier gewählte Bezeichnung beweist, daß es einen Unterschied macht zwischen den Ausdrücken „Gläubiger", „bisherigen Gläubiger" und „ursprünglichen Gläubiger", und dieser Unterschied kann nur der sein, daß es unter dem Letztgenannten den ersten Gläubiger, d. h. denjenigen, mit welchem das Schuldverhältnis begründet ist, versteht.

Die getroffene Vereinbarung kann natürlich jederzeit durch Vertrag zwischen den Parteien wieder aufgehoben werden.

3. Ausstellung einer Urkunde.

Wie wir gesehen haben, läßt das Gesetz den Schutz mangelnder Erkenntnisfähigkeit immer nur dann eintreten, wenn das Vertrauen des zu Schützenden sich auf eine Erkenntnisquelle stützt. In unserem Falle stempelt das Gesetz zu der Erkenntnisquelle die über die Schuld ausgestellte

---

[1]) Bei formalisierten Rechtsgeschäften vgl. Neumann zu § 125, I 1.

[2]) Vgl. Goldmann-Lilienthal S. 442 Anm. 12.

Urkunde; nur wenn eine solche vorhanden ist, läßt es überhaupt den Schutz des gutgläubigen Erwerbers eintreten.

Eine Urkunde ist eine auf einem Gegenstande derartig verkörperte Erklärung, daß sie mit dem Gegenstande zu dauernder Einheit verbunden wird.[1]) Für das Gebiet des Zivilrechtes kommt dieselbe regelmäßig nur in der Gestalt vor, daß die Erklärung durch Schriftzeichen auf Papier verkörpert wird.

Diese Urkunde, deren ursprünglicher Zweck dahin geht, nur als Beweismittel zu dienen, wird vom Gesetze mit der Wirkung ausgestattet, daß das aus ihr sich darbietende Rechtsbild in gewissen Beziehungen als richtig gilt.

Damit diese Wirkungen eintreten, muß die Urkunde vom Schuldner ausgestellt sein, d. h. er muß derjenige sein, welcher seine Erklärung in den Gegenstand der Sinnenwelt hineinlegt und diesem damit eine selbständige Existenz als Urkunde gibt. Auf ihn als Verpflichteten muß der Inhalt derselben hinweisen, sei es nun, daß sie von ihm herrührt, oder ersichtlich von ihm als bindend angesehen werden soll. Sie muß mithin vom Schuldner selbst oder von einem befugten Vertreter — welcher sie im Falle der Unterzeichnung auch mit dem Namen des von ihm Vertretenen unterschreiben darf — ausgestellt sein. Ist die Ausstellung von einem Unbefugten erfolgt, so ist sie für den darin bezeichneten Schuldner bedeutungslos, sie kann selbstverständlich für ihn keinerlei Pflichten begründen.

[1]) So die m. E. zutreffende Definition von Franck, Strafgesetzbuch (1897) S. 329.

Daß die Urkunde vom Aussteller unterschrieben sein muß, ist nicht notwendig, da die Unterschrift weder zum Begriffe der Urkunde gehört[1]), noch in § 405 ausdrücklich verlangt wird. Auch liegt hier kein unter § 126 Abs. 1 B.G.B. fallender Tatbestand vor, da, wie schon erwähnt, eine Urkunde keineswegs begrifflich schriftliche Form verlangt.

Sendet der Schuldner dem Gläubiger eine Depesche über eine Schuld, so würde auch diese als Urkunde im Sinne des § 405 anzusehen sein und zwar die in den Händen des Gläubigers befindliche Ankunftsdepesche. Denn diese will der Schuldner erzielen und zur Erreichung dieses Zweckes dient ihm die Aufgabedepesche, sowie auch der Telegraphenapparat lediglich als Mittel.[2])

Die Urkunde muß weiter in gültiger Weise zustande gekommen sein. Dazu gehört, daß sie von einem Geschäftsfähigen ausgestellt und daß sie nicht wegen Zwanges, Irrtums oder Betruges rechtswirksam angefochten ist. Ist die Urkunde von einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters ausgestellt, so wird sie regelmäßig nichtig sein, da die in ihr zum Ausdruck gekommene Willenserklärung niemals eine derartige sein wird, durch welche der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt.

Die Urkunde muß „über die Schuld" ausgestellt sein, d. h. es muß sich einerseits aus ihr das Vorhandensein

[1]) Arg. ex § 416 C.P.O.
[2]) Entsch. des R.G. in Strafsachen VIII, 92.

einer Schuld ergeben, andrerseits muß der Zusammenhang zwischen Urkunde und Schuld ein derartiger sein, daß in denjenigen Fällen, in welchen die Gültigkeit einer Verbindlichkeit von der Ausstellung einer Urkunde in bestimmter Form, wie z. B. notarieller oder gerichtlicher Beurkundung[1]) abhängig ist, die Urkunde dieser Form genügt. Denn andernfalls würde sie nicht „über die Schuld" ausgestellt sein. Wäre etwa ein Scheinkaufvertrag über ein Grundstück unter Wahrung der in § 313 B.G.B. vorgeschriebenen Form abgeschlossen und dann außer der notariellen Urkunde noch eine einfache Schuldurkunde ausgestellt, so wäre diese keine Urkunde im Sinne des § 405 über die dem Schuldner aus dem Kaufvertrage obliegende Verpflichtung.

Nicht aber ist erforderlich, daß die Verbindung zwischen Urkunde und Schuld eine derartig enge ist, daß sich in letzterer die Forderung verkörpert, also die Urkunde zu einem Wertpapier im technisch juristischen Sinne wird.[2]) Denn dann würde die Forderung nur in dem Papier

---

[1]) So in den Fällen der §§ 311, 313, 518 B.G.B.

[2]) Die Anwendung des § 405 auf Wertpapiere wäre an sich möglich, da, wenn auch die Schuldurkunde kein Wertpapier, so doch letzteres eine Schuldurkunde ist. Bei den Inhaberpapieren hat dies jedoch eine Bedeutung überhaupt nicht, da bei denselben durch § 796 B.G.B. die hier behandelten Einreden dem Erwerber gegenüber schon an sich ausgeschlossen sind. Dasselbe gilt bei Ordrepapieren, soweit die Übertragung durch Indossament geschieht gemäß Art. 82 W.O. und § 364 Abs. 2 H.G.B. Wird jedoch ein Ordrepapier durch Zession übertragen, — im Falle des Vorhandenseins der Rektaklausel ist dies die einzig mögliche Übertragungsart, — so greift hier zugunsten des Erwerbers der § 405 Platz. Keine Inhaberpapiere sind die in § 808 B.G.B. behandelten Legitimationspapiere; hier ist die Anwendung des § 405 möglich.

existieren, während sie bei unserer Schuldurkunde eine selbständige Existenz hat.

Ist auf Grund von Erklärungen vor Gericht, welche die Parteien im Einverständnis zum Schein abgegeben haben, ein den Schuldner verurteilendes Erkenntnis ergangen, so liegt allerdings keine vom Schuldner über die Schuld ausgestellte Urkunde vor. Trotzdem wird man aber auf dieses Urteil den Urkundenbegriff des § 405 unbedenklich anwenden können. Denn auch ihm liegt ein Scheingeschäft zugrunde und wenn es auch nicht vom Schuldner ausgestellt ist, so ist es doch durch seine Mitwirkung zustande gekommen, um ebenso wie eine von ihm ausgestellte Urkunde die in Wirklichkeit nicht existierende Schuld nach außen hin als bestehend erscheinen zu lassen.

4. Abtretung der Forderung unter Vorlegung der Urkunde.

Der Schutz des Erwerbers tritt nur dann ein, wenn er gerade auch im Vertrauen auf die Urkunde die Forderung erwirbt und nur gegen die aus den erwähnten beiden Tatbeständen sich ergebenden Einreden des Schuldners. Im übrigen muß die Verfügung, durch welche die Abtretung erfolgt, gültig sein, derart, daß, wenn die abgetretene Forderung wirklich vorhanden oder nicht für unübertragbar erklärt wäre, der Erwerber vollberechtigter Gläubiger geworden sein würde. Der Abtretungsvertrag muß also geschlossen werden zwischen geschäftsfähigen Personen und darf nicht selbst nichtig sein. Wäre er etwa auch simuliert, oder wäre ein Abtretungsvertrag

überhaupt nicht erfolgt und der angebliche Gläubiger in Wirklichkeit nur Inkassomandatar des Scheingläubigers, wäre für die Anwendung des § 405 kein Raum. Der Schuldner würde in diesem Falle unter Berufung auf die nicht gültig erfolgte Abtretung sowohl die ihm gegen den Zedenten zustehende Einrede der Simulation dem Zessionar gültig entgegensetzen, als auch ihm gegenüber sich auf die Nichtübertragbarkeit der Forderung berufen können.

Die Abtretung muß erfolgen „unter Vorlegung der Urkunde", es muß dem Erwerber Gelegenheit gegeben sein, sich Kenntnis von derselben zu verschaffen.

Über den Zeitpunkt, wann die Vorlegung zu erfolgen hat, findet man häufig, „dieselbe dürfe nicht vor oder nach der Abtretung erfolgen". Es ist dies m. E. nur beschränkt richtig, nämlich nur insoweit, als eine Vorlegung nach dem Abschlusse des Abtretungsvertrages allerdings einflußlos ist. Nicht einwandsfrei erscheint daher die Ansicht von Rehbein[1]), „daß, wenn auch die Schuldurkunde nachträglich vorgelegt wird, die Abtretung aber unter Bezug auf die Urkunde und mit Rücksicht auf die Existenz einer solchen erfolgt, der gutgläubige Zessionar zu schützen ist", sofern er hierunter den Fall versteht, daß, nachdem der Abtretungsvertrag abgeschlossen, nunmehr erst dem Erwerber die Urkunde zur Einsicht vorgelegt wird. Denn dieser wird eben geschützt, weil er im Vertrauen auf die Urkunde den Abtretungsvertrag geschlossen hat, es genügt nicht, daß er auf irgend eine Weise von der Existenz

[1]) Rehbein, S. 401 a. E.

und dem Inhalt derselben etwas erfährt, ebenso wenig, wenn ihm eine unbeglaubigte Abschrift vorgelegen hat.

Es braucht diese Vorlegung aber nicht unmittelbar bei der Abtretung geschehen zu sein. Es genügt vielmehr, wie aus dem Zweck, weswegen die Abtretung unter Vorlegung der Urkunde erfolgen soll, hervorgeht, daß ein derartiger Zusammenhang zwischen der Vorlegung und der den Abtretungsvertrag zustande bringenden Willenserklärung des Erwerbers vorhanden ist, daß man die letztere als auf Grund der aus der Urkunde geschöpften Kenntnis abgegeben ansehen kann. Wann diesem Erfordernis genügt ist, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen. Wer dem Erwerber die Urkunde vorlegt, ist gleichgültig, es braucht dies nicht gerade der ursprüngliche Gläubiger, sondern kann auch ein unmittelbarer Besitzer derselben bezw. ein nachfolgender Gläubiger sein.

Ist zwar eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, die Abtretung aber nicht unter Vorlegung derselben erfolgt, so liegt auch kein in die Urkunde gesetztes zu schützendes Vertrauen vor, und die Vorschrift des § 405 kommt in diesem Falle ebensowenig zur Anwendung, wie wenn zwar die Urkunde vorgelegt ist, aus ihr aber hervorgeht, daß das Schuldverhältnis nur zum Schein eingegangen oder für unübertragbar erklärt ist. Denn in diesem letztgenannten Falle deckt sich das aus der Erkenntnisquelle darbietende Bild mit der Wirklichkeit. Gefordert werden muß allerdings nicht nur, daß es in ihr enthalten, sondern auch, daß es aus ihr ersichtlich und einem Erwerber erkennbar ist. Diesem Erfordernis wäre z. B. nicht genügt, wenn der wahre Tatbestand

nur aus einer irgendwo verborgen stehenden, etwa mit fremdländischen Lettern geschriebenen Bemerkung hervorginge. Hier würde der § 405 wieder unbeschränkt zur Anwendung kommen, da das Rechtsbild, wie es dem Auge des Erwerbers sich darbietet, mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmt.

5. Guter Glaube[1]) des Erwerbers.

Der dem Erwerber gewährte Schutz versagt, wenn das aus der Erkenntnisquelle erscheinende Rechtsbild durch sein besseres Wissen überholt wird bezw. hätte überholt werden können oder, um die Worte des Gesetzes zu gebrauchen, wenn der Erwerber den Sachverhalt kannte oder kennen mußte. Letzteres bedeutet nach der vom Gesetze selbst in § 122 Abs. 2 gegebenen Legaldefinition „aus Fahrlässigkeit nicht kannte". Es wird also, da das Vertrauen hier lediglich einer Privaturkunde geschenkt wird, das größte Maß von Sorgfalt verlangt, jede, auch die geringste Fahrlässigkeit schließt den Schutz des Erwerbers aus. Eine derartige, auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis des Sachverhaltes liegt vor, wenn der Erwerber die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt (§ 276 B.G.B.). Wann dies der Fall ist, welcher Grad

[1]) Die Bezeichnung „Guter Glaube" ist nicht ganz korrekt, da das Gesetz nach der in § 932 B.G.B. gegebenen Legaldefinition darunter nur den Fall versteht, daß dem Erwerber der Sachverhalt nicht bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war. Der gewöhnliche Sprachgebrauch spricht jedoch auch, wenn, wie in unserem Falle, das Nichtkennen auf Fahrlässigkeit beruht, von gutem Glauben, und behalten wir der Einfachheit halber auch hier diesen Ausdruck bei.

von Sorgfalt also im Einzelfalle erforderlich ist, bestimmt sich nach objektiven Gesichtspunkten. Nicht darauf kommt es an, wie der gerade in Betracht kommende Mensch nach seinen individuellen Fähigkeiten und Gewohnheiten zu handeln pflegt, sondern es ist immer zu fragen, ob er diejenige Sorgfalt angewandt hat, welche man im ordentlichen und normalen Verkehr von einem Menschen seines Standes und seiner Bildung bei dem gerade zur Beurteilung stehenden Fall verlangen kann. Es ist also auch die Würdigung der individuellen Verhältnisse in concreto keineswegs ausgeschlossen.

Hervorzuheben ist noch, daß maßgebend ist die „erforderliche" Sorgfalt. Es ist dies Wort absichtlich an die Stelle des in dem Entwurfe gebrauchten „üblich" gesetzt worden, um hierdurch anzudeuten, daß auf im Verkehr eingerissene üble Gewohnheiten vom Gesetze keine Rücksicht genommen wird.

Nach diesen Gesichtspunkten ist es für den einzelnen Fall zu beurteilen, ob, wenn aus dem Schuldschein selbst über den wahren Sachverhalt nichts hervorgeht, eine Erkundigungspflicht des Erwerbers über denselben erforderlich ist. Dies kann der Fall sein, wenn die Person des Zedenten verdächtig ist oder auch, wenn der Erwerber weiß oder wissen mußte, daß der Schuldner, um seine Habe den Gläubigern zu entziehen, mit ihm bekannten Personen, zu denen auch der Zedent gehört, Scheingeschäfte abzuschließen pflegt. Unter normalen Verhältnissen wird man allerdings davon ausgehen können, daß bei einem unverdächtig aussehenden Schuldscheine eine weitere Nachforschungspflicht nicht besteht.

Befindet sich der Erwerber in einem Rechtsirrtum, so bedingt dies nicht schlechthin das Vorhandensein einer Fahrlässigkeit, da der Satz „error juris nocet" sich im B.G.B. nicht findet; es ist vielmehr auch hier die Frage, ob Fahrlässigkeit vorliegt, nach den allgemeinen Gesichtspunkten festzustellen. Es ist sehr wohl möglich, daß der Erwerber trotz eines Rechtsirrtums nicht „fahrlässig" handelt, so, wenn er z. B. zwar gehört hat, die Forderung sei simuliert, bei ordnungsmäßig eingezogener Erkundigung über diesen Begriff aber infolge eines Versehens des von ihm Befragten eine falsche Rechtsbelehrung erhalten hat und nunmehr im Vertrauen hierauf die Forderung erwirbt.

Von den die Fahrlässigkeit ausschließenden Gründen der §§ 827, 828 B.G.B. bedarf hier nur der Tatbestand des § 828 Abs. 2 B.G.B. der Erwähnung, da die Personen, welche sich in einem der in den erwähnten Bestimmungen sonst normierten Zustande befinden, selbständig einen Abtretungsvertrag garnicht abschließen können. Für sie handeln Vertreter und es kommt dann nach § 166 Abs. 2 B.G.B. auf deren Kennen oder Kennenmüssen an. Der Minderjährige, von dem § 828 Abs. 2 B.G.B. handelt, kann eine Forderung erwerben, soweit er dadurch lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt; ist er über achtzehn Jahre, ist der Maßstab für die Bedeutung der Fahrlässigkeit der allgemeine, andernfalls könnte dieselbe durch die mangelnde Verantwortlichkeit ausgeschlossen sein.

Kommen mehrere Personen als Erwerber in Betracht, wie es z. B. der Fall sein kann beim Einbringen einer Forderung in eine Gesellschaft, so müssen sämtliche

Personen, welche bei dem Übertragungsakte mitzuwirken haben, gutgläubig sein.

Vorhanden sein muß der gute Glaube bei der Abtretung, d. h. in dem Zeitpunkt, in welchem der Abtretungsvertrag geschlossen ist. Geschieht dies unter Abwesenden, so kommt er, abgesehen von dem Fall der §§ 151, 152 B.G.B., erst zustande mit dem Wirksamwerden der Annahmeerklärung seitens des Annehmenden; der Erwerber muß also in diesem Zeitpunkt gutgläubig sein.

IV. Abschnitt.

Die dem gutgläubigen Erwerber dem Schuldner gegenüber aus § 405 gewährten Rechte.

1. Der Schutz des Erwerbers im allgemeinen.

Das zum Schein abgeschlossene Rechtsgeschäft ist gemäß § 117 Abs. 1 B.G.B. nichtig, und diese Nichtigkeit kann der Schuldner gemäß dem die Abtretung von Forderungen beherrschenden Prinzip der Sondernachfolge auch dem neuen Gläubiger entgegensetzen. Ebenso kann er ihm gegenüber auch die auf den Tatbestand der vereinbarten Nichtübertragbarkeit sich gründende Einrede entgegensetzen, da, wie wir gesehen haben, diese Abrede auch gegen den Erwerber wirkt.

Im Gegensatz zu diesem aus logischen Schlußfolgerungen sich ergebenden Resultat steht das Rechtsbild, wie es dem

Zessionar beim Erwerb der Forderung aus der Urkunde erscheint und, wenn er die wirkliche Rechtslage nicht kennt, erscheinen muß. Er geht auf Grund der ihm vorliegenden Urkunde davon aus, daß die Forderung gültig entstanden und nicht für unübertragbar erklärt ist.

In diesem Widerspruch zwischen der wirklichen und der dem Erwerber als richtig erscheinenden Rechtslage bestimmt das B.G.B. durch die dem Art. 16 Abs. 2[1]) und Art. 189 des Schweizerischen Obligationenrechtes, sowie dem Art. 1321[2]) des code civile nachgebildete Vorschrift des § 405, daß trotz der objektiven Unrichtigkeit das dem gutgläubigen Erwerber sich darbietende Rechtsbild ihm gegenüber in gewissen Beziehungen als richtig gelten soll. Es stellt sich damit bei Abwägung der schutzbedürftigen Interessen des Drittschuldners und des Erwerbers auf die Seite des Letzteren. Die hierfür maßgebenden Erwägungen finden wir in den Protokollen[3]) dahin ausgesprochen: „Der Scheinschuldner, welcher eine Schuldurkunde ausstelle, verkörpere in dieser gewissermaßen seinen simulierten Verpflichtungswillen, er gebe ein Schriftstück aus der Hand, welches an jeden Leser das Ansinnen stelle, seinen Inhalt als ernstlich gemeint anzusehen, und deshalb geschehe dem Aussteller nicht Unrecht, wenn ihm zugemutet werde, dafür einzustehen, daß das Vertrauen des Erwerbers auf die beurkundete Erklärung nicht getäuscht werde."

---

[1]) Dieser Artikel lautet: „Dem gutgläubigen Dritten, welcher ein schriftliches Empfangsbekenntnis besitzt, kann der Schuldner nicht die Einrede der Simulation entgegensetzen."

[2]) Siehe oben Abschnitt I.

[3]) Protokolle Bd. 1 S. 390.

2. Die dem gutgläubigen Erwerber gegenüber ausgeschlossenen Einreden.

Nach dem Wortlaut des § 405 sollen dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nur die sich auf die im zweiten Abschnitt behandelten Tatbestände der zum Schein eingegangenen oder durch Parteivereinbarung für unübertragbar erklärten Forderung gründenden Einreden des Schuldners ausgeschlossen sein. Bestritten jedoch ist, ob nicht diese in § 405 B.G.B. enthaltene Vorschrift auch auf sonstige Einreden ausgedehnt werden muß. Hachenburg[1]) will sowohl die sich aus § 116 Abs. 2 ergebende Einrede der Mentalreservation, als auch andere besondere Nebenabreden, wie z. B. die Einrede der Stundung dem gutgläubigen Erwerber gegenüber ausschließen. Noch weiter geht die Ansicht Kuhlenbeck's[2]), daß in analoger Anwendung des § 405, welcher keine singuläre Vorschrift enthalte, alle Einreden ausgeschlossen sein sollen, welche nicht die Entstehung der Forderung betreffen, sich nicht aus dem Inhalte der Urkunde ergeben, oder sich auf Rechtsnormen stützen, die dem Schuldner ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers zur Seite stehen. Beide Ansichten sind irrig. Hachenburg begründet die seinige damit, daß die Bemerkung in den Protokollen (I. S. 390), daß dem Schuldner die übrigen Einreden vorbehalten sein sollen, gemacht sei, als der § 405 sich lediglich auf die Simulation bezog. Nachdem nun durch die spätere Redaktion auch der Ausschluß der Einrede der Unübertragbarkeit aner-

[1]) Hachenburg, S. 197, 199.
[2]) Kuhlenbeck, S. 159 Anm. 1.

kannt sei, sei es nicht abzusehen, weshalb nicht auch andere Abreden zugelassen sein sollten.

Zur Widerlegung dieser Begründung bedarf es nur des Hinweises auf den Inhalt des § 405; denn dieser ist für uns allein maßgeblich. Nach ihm aber kann es keinem Zweifel unterliegen, daß nur die beiden genannten Einreden durch denselben getroffen werden und, wie sich aus den Protokollen[1]) ergibt, auch getroffen sein sollen. Denn der Gesetzgeber hat es absichtlich vermieden, die über die Schuld ausgestellte Urkunde hinsichtlich der Zulässigkeit von Einreden einem Wechsel gleichzustellen, und es hieße, nicht im Sinne des Gesetzes, sondern gegen denselben interpretieren, wenn man dem Schuldner noch andere, als die beiden genannten Einreden abschneiden und somit tatsächlich aus der Schuldurkunde ein bezüglich der Einreden des Schuldners dem Wechsel gleichstehendes Wertpapier schaffen wollte.

Ist hier also für eine extensive Interpretation kein Raum, so kann nur noch in Frage kommen, ob, wie Kuhlenbeck es will, eine analoge Ausdehnung unserer Bestimmung zulässig ist. Aus dem derselben zugrunde liegenden Prinzip ergibt sich auch die Verneinung dieser Frage. Denn, wenn § 405 auch mit anderen verwandten Erscheinungen durch einen gemeinsamen Grundgedanken verbunden ist, so bildet er doch immerhin eine Ausnahme von der Rechtsregel und läßt mithin als Sondervorschrift eine analoge Ausdehnung nicht zu.

---

[1]) Vgl. Protokolle I, 390 und VI, 167, 168.

So sind denn auch die meisten Schriftsteller darin einig, daß der Erwerber sich weder darauf verlassen kann, daß die Urkunde den Vertragswillen völlig enthalte, noch, daß die beurkundete Erklärung nicht durch spätere Abreden geändert oder aufgehoben sei. Auch eine mit einem späteren, wie dem ursprünglichen Gläubiger getroffene Vereinbarung, durch welche die Übertragung der Forderung ausgeschlossen sein soll, muß mithin der Erwerber gegen sich gelten lassen. Ebenso kann der Schuldner dem Erwerber den Einwand entgegensetzen, daß er die Darlehnsvaluta, derentwegen er den Schuldschein ausgestellt, garnicht erhalten habe; denn hier war ein Scheingeschäft überhaupt nicht beabsichtigt.

Dies aber ist — abgesehen von dem Falle der Nichtübertragbarkeit der Forderung — die für die Anwendung des § 405 notwendige Voraussetzung, daß nämlich die Parteien das Rechtsgeschäft, welches sie begründeten, nur zum Schein abgeschlossen haben, und nur wenn die Einrede sich gerade auf diesen Tatbestand gründet, ist dieselbe dem Erwerber gegenüber ausgeschlossen. Somit kann der Schuldner diesem gegenüber sich auf alle Nebenabreden mit Wirksamkeit berufen, es sei denn, daß infolge derselben das Schuldverhältnis zur Zeit seiner Begründung tatsächlich nur ein Scheingeschäft gewesen ist. Aus der unbeschränkten Zulässigkeit von Einreden, welche sich auf eine nach Abschluß des Geschäftes getroffene Vereinbarung gründen bezw., soweit die Einrede der Nichtübertragbarkeit in Betracht kommt, mit einem anderen, als dem ursprünglichen Gläubiger geschlossen sind, auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber ergibt sich, daß die in § 405 ent-

haltene Bestimmung eine allzu große praktische Bedeutung nicht hat.

Auch wenn über eine Forderung entgegen den Vorschriften der §§ 135 Abs. 1, 136 B.G.B. verfügt würde, kommt dem gutgläubigen Erwerber der Schutz des § 405 nicht zugute. Denn eine Verfügung entgegen den in den genannten Paragraphen enthaltenen Veräußerungsverboten ist nach § 135 Abs. 2 B.G.B. nur dann wirksam, wenn in concreto Schutzvorschriften zugunsten desjenigen bestehen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten. Allerdings erhält auch derjenige, welcher Rechte aus § 405 herleitet, dieselben von einem Nichtberechtigten; es enthält aber diese Vorschrift keine allgemeine, den Erwerber überhaupt, sondern nur gegen zwei bestimmte Einreden schützende Regel.

3. Konstruktion des Rechtes des Erwerbers.

Bezüglich der Frage, wie das dem Erwerber durch § 405 gewährte Recht im Falle der Nichtigkeit der abgetretenen Forderung zu konstruieren sei, gehen die Ansichten weit auseinander:

Die einen[1]) vertreten den Standpunkt, daß der § 405 dem Schuldner lediglich eine Einrede gegenüber dem Gläubiger gewährt, in dessen Person das Moment der Gutgläubigkeit vorhanden ist, und daß der Erwerber ein Recht selbst überhaupt nicht erhalte.

---

[1]) So Matthiaß § 100; Crome § 200; Leonhard in Eck's Vorträgen § 70 Anm.; Fischer-Henle, Staudinger und Schollmeyer zu § 405.

Nach der anderen Ansicht[1]) entsteht das bis dahin nichtige Recht in der Hand des gutgläubigen Erwerbers, der demselben anhaftende Mangel ist ein- für allemal geheilt, und der Zessionar ist Gläubiger geworden.

Betrachten wir die zuerst vorgetragene Ansicht, daß nämlich die Forderung in der Hand des gutgläubigen Erwerbers nicht entstanden sei, so hat dieser also, da hier ein anderes, als das Forderungsrecht nicht in Betracht kommen kann, ein positives Recht überhaupt nicht. Gegen ein nicht bestehendes Recht aber eine Einrede auszuschließen, ist vom juristisch-logischen Standpunkt aus etwas undenkbares. Denn wie einerseits einem Nicht-Recht stets die Einrede der Nichtigkeit entgegensteht, so muß andererseits, wenn diese Einrede nicht geltend gemacht werden kann, stets ein Recht vorhanden sein.

Müßte doch auch sonst der Richter konsequenterweise, wenn er den Sachverhalt erführe, schon ipso jure den klagenden Erwerber abweisen, ohne daß es irgendwelcher Einwendungen des Schuldners bedürfte, da ja ein nicht bestehendes Recht auch nicht geltend gemacht werden kann.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß es unmöglich ist, dem Kläger gegenüber Einreden auszuschließen, ohne ihm ein positives Recht zu geben.

Soll er also rechtswirksam, wie es ja der Zweck des § 405 ist, klagen können, muß ihm auch konsequenter-

---

[1]) Diese Ansicht vertreten: Dernburg § 140 Anm. 2; Eck Vorträge § 70; Hachenburg S. 196; Meißner und Planck zu § 405. Ebenso auch Kohler für das gemeine Recht und de lege ferenda, Jahrb. Bd. 4 S. 136.

weise ein Recht zustehen, und dies kann naturgemäß nur das Forderungsrecht gegen den Schuldner sein.

Es entsteht dies in seiner Hand durch positive Gesetzesvorschrift kraft des in dem B.G.B. zum Schutze der menschlichen Erkenntnisfähigkeit aufgestellten Prinzipes, daß in den vom Gesetze bestimmten Fällen ein Rechtszustand ungeachtet der ihm anhaftenden Mängel als vollgültig behandelt wird. Es ist in unserem Falle nichts anderes, als wenn in § 932 B.G.B. der gutgläubige Erwerber einer beweglichen Sache trotz seines Erwerbes vom Nichteigentümer Eigentümer derselben wird, oder wenn nach § 892 B.G.B. jemand von einem Nichtberechtigten ein Recht an einem Grundstücke erwirbt. Da in beiden Fällen der Erwerber wirkliches Eigentum erlangt, und da, wie wir gesehen haben, alle diese Vorschriften auf demselben Grundgedanken beruhen und nach einem einheitlichen Prinzip geregelt sind, so ist es nur folgerichtig, auch im Falle des § 405 dieselben Konsequenzen zu ziehen und auch hier den Erwerber zum vollberechtigten Gläubiger zu machen.

Daß diese Folgerung in dem Wortlaut des § 405 nicht einen so präzisen Ausdruck gefunden hat, wie in den beiden erwähnten sachenrechtlichen Fällen, kann nicht, wie Schollmeyer es tut, gegen die hier vertretene Ansicht geltend gemacht werden. Denn wenn das Gesetz sagt, der Schuldner könne sich auf die Nichtigkeit nicht berufen, so kann, wie wir nachgewiesen haben, der Sinn überhaupt nur der sein, daß die Einrede versagt, weil die Forderung entstanden ist.

Es ist also der dem Forderungsrecht anhaftende Mangel geheilt, der Erwerber ist Gläubiger geworden und zwar mit den Rechten und Pflichten, welche jedem Erwerber einer Forderung zustehen. Erfährt er später den wahren Sachverhalt, wird hierdurch sein einmal entstandenes Gläubigerrecht in keiner Weise tangiert. Anders, wenn die Urkunde nach dem Erwerb in rechtswirksamer Weise angefochten würde. In diesem Falle wäre dieselbe nach § 142 B.G.B. als von Anfang an nichtig anzusehen, und auf Grund dieser nichtigen Urkunde konnte, wie wir gesehen haben, der Erwerber ein gültiges Recht nicht erwerben; es würde also in diesem Falle wieder erlöschen.

Das Forderungsrecht entsteht in der Person des gutgläubigen Zessionars, und zwar als ein völlig neues Recht, welches vorhin eine selbständige Existenz überhaupt noch nicht gehabt hat; es liegt mithin ein originärer Erwerb seitens des Erwerbers vor. Anderer Ansicht ist Hellwig.[1]) Er rechnet den § 405 zu den Vorschriften über diejenigen Geschäfte, bei denen der Nichtberechtigte, wenn auch kein Recht, so doch eine Macht zur Verfügung über das fremde Recht zum Schutze des guten Glaubens hat, und dieser Erwerb ist nach ihm kein originärer.

Indem Hellwig auch diesen Erwerb als einen abgeleiteten bezeichnet, stellt er sich m. E. mit dem allgemeinen, auch von ihm anerkannten Grundsatze in Widerspruch, daß ein derartiger Erwerb nur vorhanden ist, wenn derselbe sich auf das Recht des Vormannes stützt.

[1]) Hellwig, Deutsches Zivilprozeßrecht S. 275, Anm. 19.

Wie aber soll das Recht des Erwerbers seinen Stützpunkt in dem seines Autors haben, wenn dieser selbst ein Recht überhaupt nicht hatte?

Denn durch den Abtretungsvertrag kommt das Forderungsrecht nicht etwa in der Hand des Scheingläubigers zur Existenz und wird nunmehr auf den Erwerber übertragen, sondern es entsteht sofort und unmittelbar in der Person des Letzteren. Es verfügt hier also nicht ein Nichtberechtigter über ein schon bestehendes, wenn auch fremdes Recht, sondern er ruft es erst durch seine Verfügung ins Leben. Hierdurch wirkt er allerdings auch an der Schaffung desselben mit, aber dieser seiner Tätigkeit fehlt das für das Vorhandensein eines abgeleiteten Erwerbes notwendige Kriterium, nämlich das Übertragen eines schon bestehenden, sei es auch fremden Rechtes. Halten wir an diesem Erfordernis fest, so können wir trotz der Eigentümlichkeit des vorliegenden Falles, die darin liegt, daß der Verfügende das Recht schafft, doch nur zu dem Resultat kommen, hier einen originären Erwerb anzunehmen.[1])

Ob hier im zivilprozessualen Sinne ein Rechtsnachfolgeverhältnis vorliegt und mithin § 325 C.P.O. zur Anwendung kommt, kann bei der Ausdehnung, welche dem Begriff „Rechtsnachfolger" in der C.P.O. gegeben wird[2]), zweifelhaft sein. Einer Erörterung dieser Frage bedarf es jedoch nicht, da selbst, wenn man dieselbe bejaht, man

---

[1]) Ebenso Kuhlenbeck S. 159; Örtmann zu § 405. Vgl. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 40 S. 267.

[2]) Vgl. R.G. Bd. 53 S. 9 flg.

vermittelst des Abs. 2[1]) des § 325 zu dem gleichen Ergebnis kommen würde, wie wenn man sie verneint. Es würde also das Urteil zwischen Scheingläubiger und Scheinschuldner, welches ja zur Abweisung des Klägers führen muß, demjenigen, welcher die Scheinforderung nach der Rechtshängigkeit erwirbt, nicht schaden.[2])

Dem Erwerber, welcher bei der Abtretung der rechtshängigen Scheinforderung schlechtgläubig war, würde andrerseits das seinen Vormann abweisende Urteil entgegengehalten werden können, da er in dessen Rechtsstellung succediert.

Der bis dahin absichtlich übergangene Fall des Ausschlusses der Einrede der Nichtübertragbarkeit macht bezüglich der Konstruktion irgendwelche Schwierigkeiten nicht. Denn hier war die Forderung gültig entstanden und nur die trotz der genannten Abrede erfolgte Abtretung infolge einer besonderen eine Ausnahme von der Bestimmung der

---

[1]) Vgl. Gaupp-Stein, § 325 IV.

[2]) Auch Hellwig, welcher hier einen derivativen Erwerb annimmt, kommt zu demselben Resultat. (Hellwig, Rechtskraft S. 293, 294, 295 Anm. 20.) Denn nach ihm ist die Urkunde des § 405 offenbar eine dem Wechsel ähnliche Erscheinung, und man muß daher auch annehmen, daß er bezüglich der Anwendung des § 325 C.P.O. auf unseren Fall zu demselben Resultat kommen würde, wie bei der Anwendung auf die indossablen Papiere. Bei diesen aber soll die Rechtskraft des den Indossanten abweisenden Urteils nur insoweit dem Indossatar entgegenstehen, als er seine Rechte aus dem Rechte des Indossanten ableitet; wann dies der Fall ist, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht. Hiernach würde Hellwig, da auch er in § 405 die Entstehung eines Gläubigerrechtes annimmt, ebenfalls zu dem Ergebnis kommen, daß dem gutgläubigen Erwerber, da er sein Recht nicht aus dem Rechte des Scheingläubigers ableitet, insoweit das diesen verurteilende Erkenntnis nicht entgegensteht.

Nichtvorhandensein obligatorischer Verträge gegen Dritte bildenden Erkenntnung auch Dritten gegenüber auszuschließen.

Diese Rechtsfolge wird hier zugunsten des gutgläubigen Erwerbers bestimmt und kommt der an sich erworbenen Forderung nicht nur insofern zu statten, daß eine den Gläubigerrecht beschränkende Vereinbarung unter den Parteien nur unter diesen und nicht gegen Dritte Wirkung hat. Der Zessionar erwirbt hier das Gläubigerrecht in gewöhnlicher Weise.

4. Weiterzession.

Die Forderung verbleibt, wenn sie in die Hand des gutgläubigen Erwerbers gekommen ist, mag dieser nun der erste oder der zweite Zessionar sein. Dies ist allgemein anerkannt[1]) und bedarf keiner weiteren Ausführung, da es zweifellos ist, daß der § 405 nicht nur den ersten vom Scheingläubiger erwerbenden, sondern aber den ersten gutgläubigen Zessionar schützen soll.

Ist aber die Forderung in der Hand des gutgläubigen Erwerbers einmal entstanden, kann sie nunmehr gültig auf jeden Dritten übertragen werden, ohne daß es auf dessen guten oder schlechten Glauben weiter ankommen kann. Denn da jetzt ein mit einem Fehler behaftetes Recht überhaupt nicht mehr vorhanden ist, kann ein solches von dem zweiten Erwerber bei der Abtretung auch nicht erkannt werden. Dieser wird gemäß der allgemeinen Vorschrift des § 398 in die Rechtsstellung seines Vorgängers

[1]) So z. B. Staudinger zu § 405 und aus der Praxis Sächsische Rechtsprechung 1902 S. 123.

ein.[1]) Die Kenntnis des früheren Sachverhaltes schadet ihm ebensowenig, wie seinem Vorgänger dessen mala fides superveniens.

Das so gewonnene Resultat schafft eine klare und für die Praxis brauchbare Rechtslage. Auch kann das Recht des Gläubigers nun nicht mehr dadurch geschmälert werden, daß der wahre Sachverhalt allgemein bekannt wird, da ja die Forderung hierdurch ihren Verkaufswert nicht einbüßt.[2])

Würde jedoch der Scheingläubiger die Forderung an einen gutgläubigen Erwerber abtreten und sie dann wieder erwerben, um auf diese Weise dem Schuldner den Einwand der Simulation abzuschneiden, so könnte dieser dem Kläger den Einwand aus § 826 B.G.B. wirksam entgegensetzen, da das Abschneiden von Einreden, um einen Vermögensvorteil, auf den man kein Recht hat, zu erlangen, als eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung anzusehen sein würde.[3])

5. Beweis.

Die Verteilung der Beweislast zwischen dem neuen Gläubiger und dem Schuldner ergibt sich aus der Wortstellung im Gesetzestexte.[4])

[1]) Protokolle I S. 391.

[2]) Machte man die oben abgelehnte Konstruktion grundleglich, so wäre, da dann nur dem gutgläubigen Erwerber die Einreden aus § 405 gegenüber ausgeschlossen seien, eine Forderung unter den im Text erwähnten Umständen unverkäuflich.

[3]) Vergl. den ähnlichen Fall in R.G. Bd. 51 S. 357.

[4]) Vergl. Planck Bd. 1 S. 45.

Ist zunächst aus der Urkunde selbst ersichtlich, daß die Forderung nur zum Schein begründet oder für unübertragbar erklärt ist, so wird die sofortige Abweisung des Klägers zu erfolgen haben.

Ist dies nicht der Fall, so hat der Kläger, wenn der auf Zahlung verklagte Schuldner einwendet, daß die Forderung nur zum Schein eingegangen oder unübertragbar ist, demgegenüber durch Replik zu beweisen, daß über die Forderung eine Urkunde ausgestellt und die Abtretung unter Vorlegung der Urkunde erfolgt war.

Sache des Beklagten ist es dann, demgegenüber nachzuweisen, daß der Kläger die Einwände kannte oder kennen mußte.

V. Abschnitt.

Ausgleichspflicht.

Hat nun der Schuldner dem neuen Gläubiger geleistet, so liegt trotz der formell gültigen Vermögensübertragung ersterem gegenüber, da er seine nur zum Schein eingegangene Verpflichtung hat erfüllen müssen, eine materielle Ungerechtigkeit vor.

Hatte andrerseits der Scheingläubiger die Scheinforderung an einen gutgläubigen Erwerber verkauft oder sie an diesen unentgeltlich abgetreten, so hat sich im ersteren Fall der Scheingläubiger ohne Grund, im zweiten der Erwerber auf Kosten eines anderen bereichert.

Liegt auf Seiten eines der beiden Letztgenannten eine unerlaubte Handlung vor, so kann der Schuldner sich nach Maßgabe der diesbezüglichen Vorschriften Ersatz verschaffen.

Andernfalls gibt das Gesetz ihm eine direkte Möglichkeit, einen Ausgleich herbeizuführen, nicht. Denn die Anwendung des § 812 verbietet sich sowohl bei der entgeltlichen, als auch bei der unentgeltlichen Abtretung. Denn im ersteren Falle ist der Gläubiger zwar um den Kaufpreis ohne Grund bereichert, aber nicht auf Kosten des Schuldners, da er die Bereicherung aus dem Vermögen des Erwerbers erhalten hat. Es fehlt hier also die für den Kondiktionsanspruch notwendige unmittelbare Beziehung zwischen den Vermögen des Berechtigten und des Verpflichteten. Im zweiten Falle ist der Scheingläubiger überhaupt nicht bereichert, wohl aber der Erwerber; dessen Bereicherung ist aber nicht ohne Grund erfolgt, da ja für seinen Erwerb in der Beziehung zum Verfügenden ein Rechtsgrund vorhanden war.

Diese in beiden Fällen die Anwendbarkeit des § 812 ausschließenden Gründe liegen auch in den sonstigen vom Gesetze zum Schutze der menschlichen Erkenntnisfähigkeit bestimmten Rechtsnormen vor. Hier hat jedoch der Gesetzgeber bezüglich des Vermögensverlustes, welchen der an sich Berechtigte durch die Gesetzgebung erleidet, im § 816 B.G.B. einen Ausgleich geschaffen. Allerdings können wir diese Bestimmung unmittelbar auf unseren Fall nicht anwenden, da, wie wir gesehen haben, hier nicht jemand über ein schon existentes Recht verfügt und auch ein Berechtigter in dem in § 816 gebrauchten Sinne nicht vorhanden ist.

Wohl aber können wir den § 816 Absatz 1 B.G.B. analog auf die durch § 405 geschaffenen Rechtsverhältnisse anwenden. Denn auch in diesen Fällen trifft der Gedanke, welcher dem hauptsächlich nur für die Fälle des Sachenrechtes geschaffenen § 816 Abs. 1 zugrunde liegt, zu. Bezüglich der negativen Seite, der Nichtanwendbarkeit des § 812, haben wir dies schon gesehen. In positiver Hinsicht muß eine gültige Rechtsänderung zugunsten eines Dritten vorliegen, obschon der Verfügende nicht verfügungsberechtigt war. Dann soll § 816 Abs. 1 den Ausgleich herbeiführen zwischen denjenigen Personen, von denen durch die zum Schutze des guten Glaubens aufgestellten positiven Rechtsnormen der eine einen unberechtigten Rechtsverlust, der andere eine unberechtigte Bereicherung erhalten hat.

Diese dem § 816 zugrunde liegende ratio ist auch im Falle des § 405 vorhanden; denn auch hier tritt eine gültige Vermögensänderung zugunsten eines Dritten, nämlich des Zessionars, ein, und auch hier ist der verfügende Scheingläubiger zu dieser Verfügung nicht berechtigt. Es ist also auch in unserem Falle der Ausgleich in analoger Anwendung des § 816 herbeizuführen.

Der Scheingläubiger haftet dem Schuldner auf dasjenige, was er für die Veräußerung der Scheinforderung erlangt hat und zwar, da er stets den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang kennen wird, nach Maßgabe der §§ 818, 819 B.G.B. Hatte der Scheingläubiger die Forderung unentgeltlich übertragen, haftet er zwar nicht, wohl aber der Erwerber. Das durch die Verfügung Erlangte ist hier der Anspruch gegen den Schuldner, welchen dieser herausbegehren kann. Dies bedeutet aber

nichts anderes, als daß er vom gutgläubigen unentgeltlichen Erwerber Befreiung der gegen ihn begründeten Verbindlichkeit gemäß § 816 zu verlangen berechtigt ist.

Im Falle der weiteren unentgeltlichen Übertragung haftet der letzte Empfänger auf Grund des § 822 B.G.B.

Auch bei der Abtretung einer kraft Vereinbarung nicht abtretbaren Forderung ist die Ausgleichspflicht nach § 816 möglich, jedoch von geringer praktischer Bedeutung, da hier gewöhnlich die Voraussetzungen der Bereicherung bezw. der Bereicherung auf Kosten des Schuldners fehlen werden.

VI. Abschnitt.

Nichtanwendbarkeit des § 405 im Falle des Überganges einer Forderung kraft Gesetzes.

Das oben entwickelte Schutzprinzip ist im Interesse der Rechtsgenossen geschaffen, welche vor einer Entscheidung stehen und deshalb Klarheit über diejenigen Rechtsverhältnisse haben sollen auf Grund derer sie selbstbestimmend in das Rechtsleben eingreifen. Hieraus folgt, daß die Schutzbestimmungen nur dann zur Anwendung kommen können, wenn überhaupt ein rechtsgeschäftliches Handeln in Betracht kommt, hingegen versagen müssen, wenn der Rechtserfolg kraft Gesetzes eintritt, d. h. für unseren Fall, wenn die Übertragung der Forderung sich ohne abstrakten Zessionsvertrag vollzieht.[1]) Infolgedessen wird auch die

[1]) Die Fälle der Übertragung kraft Gesetzes sind bei Neumann zu § 412 B.G.B. aufgeführt.

Anwendung des § 405 auf die kraft Gesetzes eintretende Übertragung durch § 412 B.G.B. ausgeschlossen.

Zu unterscheiden von der kraft Gesetzes erfolgenden Übertragung sind die Fälle, wo der Gläubiger zur Übertragung rechtskräftig verurteilt ist. Denn der richterliche Akt ersetzt nur die Willenserklärung des Schuldners und hat daher dieselbe Wirkung wie diese.

Es findet hier also § 405 Anwendung; ebenso auch, wenn in einem Geschäftsbetriebe entstandene Forderungen unter den in § 25 Abs. 1 H.G.B. genauer bestimmten Voraussetzungen auf den neuen Erwerber übergehen. Es gelten diese zwar dem Schuldner gegenüber kraft Gesetzes übergegangen, im Verhältnis des Erwerbers jedoch zu seinem Vorgänger bedarf es eines Abtretungsvertrages[1]) und würde danach ersterem der auch für das Handelsrecht geltende § 405 zur Seite stehen.

Keine Anwendung findet § 405, wenn die simulierte Forderung durch richterliche Überweisung gemäß § 835 C.P.O. übertragen wird. Denn diese Übertragung ist lediglich die Folge der Pfändung und diese vollzieht sich ohne die Tätigkeit des Gläubigers, während der § 405, wie wir gesehen haben, nach seinem Tatbestande eine freiwillige Abtretung voraussetzt.

Ist die Forderung für unübertragbar erklärt, würde den pfändenden Gläubiger unter der Voraussetzung, daß der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist, der § 851 Abs. 2 C.P.O. gegen jene Vereinbarung schützen.

---

[1]) So die herrschende Ansicht. Vgl. Staub, H.G.B., § 25 Z. 2; Dernburg II 1 § 143 Anm. 6; Neumann zu § 412 Nr. 1 und Rehbein.

VII. Abschnitt.

Anwendung des § 405 im Gebiete des Sachenrechtes.[1])

Die für die Übertragung von Forderungen geltenden Vorschriften und damit auch die in § 405 enthaltene, finden auch bei zwei Rechtsinstituten des Sachenrechtes Anwendung. Es bestimmen nämlich die §§ 1069, 1274 B.G.B., daß die Bestellung eines Nießbrauches bezw. Pfandrechtes an einem Rechte den für die Übertragung von Forderungen geltenden Vorschriften unterstellt sein soll, sowie weiter in Konsequenz dieses Gedankens, daß an nicht übertragbaren Rechten weder ein Nießbrauch, noch ein Pfandrecht bestellt werden kann.

Besteht der Nießbrauch bezw. das Pfandrecht an einem Rechte, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, so nehmen auch der Nießbraucher bezw. Pfandgläubiger nach §§ 1070, 1275 B.G.B. dem Verpflichteten gegenüber eine entsprechende Stellung ein, wie im Falle der Übertragung eines Rechtes der Zessionar gegenüber dem Zessus. Dies gilt namentlich auch für die dem Nießbraucher und Pfandgläubiger gegenüber zustehenden Einwendungen; es gilt dies sowohl von § 404 B.G.B. als auch von § 405. Es kann also der Schuldner, wenn das Recht, an welchem der Nießbrauch oder das Pfandrecht bestellt

[1]) Die Anwendung des § 405 auf die Übertragung anderer Rechte nach § 413 B.G.B. bedarf nur der Erwähnung. Der Übergang der im B.G.B. vorkommenden Rechte ist meistens selbstständig geregelt, sodaß § 413 hauptsächlich nur für die Patent- und Urheberrechte zur Anwendung kommt.

ist, nur zum Schein begründet oder durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger für unübertragbar erklärt worden war, die hieraus sich ergebenden Einreden dem Nießbraucher bezw. Pfandgläubiger, welche ihr Recht unter den in § 405 gegebenen Voraussetzungen erlangt haben, ebensowenig entgegensetzen, wie dem Erwerber der Forderung.

Bestellt nun der Scheingläubiger an einer Scheinforderung ein somit gültiges Nießbrauchs- oder Pfandrecht, so entsteht dadurch keineswegs etwa in seiner Person das Gläubigerrecht, an dem nun die beschränkten Rechte bestellt würden. Dies würde weit über die in § 405 gegebene Bestimmung hinausgehen. Denn dieser gibt nur eine Vorschrift zugunsten des gutgläubigen Erwerbers, und diese sind hier Nießbraucher und Pfandgläubiger; in ihrer Person entstehen der Nießbrauch bezw. das Pfandrecht und auf Grund dessen stehen ihnen die sich hieraus ergebenden Rechte gegenüber dem Schuldner zu. Die Nichtigkeit der Forderung im Verhältnis zwischen Scheingläubiger und Scheinschuldner wird dadurch nicht geheilt. Es ist diese Erscheinung allerdings befremdlich, entspricht aber dem in § 405 zum Ausdruck gebrachten Gedanken, daß nur zugunsten des gutgläubigen Erwerbers das von ihm erworbene Recht trotz der Nichtigkeit der Forderung, in seiner Hand und zwar nur ihm gegenüber, mithin hier nur mit relativer Wirksamkeit, als entstanden gilt.

Betrachten wir nun unter den soeben entwickelten Gesichtspunkten kurz die Regelung des Nießbrauches an Rechten, wie sie sich gestalten würde, wenn der Nießbrauch an einer Scheinforderung rechtsgültig bestellt wäre.

Handelt es sich um eine nicht auf Zinsen ausstehende Forderung, so gewährt dieselbe keinen Nutzen, sie bietet nur das Mittel, um den Gegenstand, auf dessen Leistung sie geht, zu erwerben und zu nutzen. Die Erwerbung des Gegenstandes, welcher unter normalen Verhältnissen in das Eigentum des Gläubigers fallen würde, fällt wegen der ihm gegenüber wirksamen Nichtigkeit fort. Es verbleibt die Sache, falls sie nicht verbrauchbar ist, selbst vielmehr dem Schuldner zu Eigentum, der Nießbraucher kann an ihr nur den Nießbrauch verlangen, und da ihn dieser zum Besitz derselben berechtigt, Herausgabe derselben fordern.

Handelt es sich um eine verbrauchbare Sache, so wird der Nießbraucher Eigentümer und hat nach Beendigung des Nießbrauches dem Schuldner gemäß § 1067 B.G.B. und in Beihalt des § 1068 B.G.B. den Wert derselben zu ersetzen.

Ist der Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Scheinforderung bestellt, so kann von einer Einziehung des Kapitals nicht die Rede sein, da dies nur unter Mitwirkung des Gläubigers und für denselben geschehen könnte, dieser aber, wie wir gesehen, keine Rechte hat. Der Nießbraucher ist hier lediglich berechtigt, die Zinsen der Forderung so, als wenn dieselbe wirklich bestände, vom Schuldner einzuziehen.

Trotz der Bestellung des Nießbrauches bleibt an sich der Gläubiger, insoweit das Recht des Nießbrauchers dadurch nicht beeinträchtigt wird, zur Verfügung über die Forderung berechtigt. Würde also der Scheingläubiger die Forderung unter Vorlegung der Urkunde

einem gutgläubigen Dritten abtreten, würde dieser vollberechtigter Gläubiger, nur beschränkt durch das Recht des Nießbrauchers; es würden die gewöhnlichen Regeln hier zur Anwendung kommen.

Bei Beendigung des Nießbrauches tritt, abgesehen von dem letzterwähnten Falle, die volle Nichtigkeit des Scheingeschäftes ipso jure wieder ein.

Dieselben Grundsätze sind maßgebend bei der Regelung des Pfandrechtes an einer Scheinforderung.

Ist die Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt ist, noch nicht fällig oder liegen die Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 B.G.B. noch nicht vor, so kann der Pfandgläubiger verlangen, daß der Schuldner die geschuldete Sache auf seinen eigenen und des Pfandgläubigers Namen hinterlege.

Tritt das Recht des Pfandgläubigers in das Stadium der Reife, d. h. wird die versicherte Forderung fällig und bildet außerdem eine Geldforderung, so kann der Pfandgläubiger die Forderung, insoweit sie zu seiner Befriedigung notwendig ist, einziehen und erlangt, soweit es sich mit seiner Forderung deckt, das Eigentum an dem Gezahlten. Handelt es sich nicht um eine Geldforderung, so würde der geschuldete Gegenstand im Eigentum des Schuldners verbleiben und der Pfandgläubiger an demselben nur ein Pfandrecht, und wenn die Sache ein Grundstück ist, nur eine Sicherungshypothek an diesem erwerben. Überträgt der Scheingläubiger die Forderung weiter, so gilt hier dasselbe wie beim Nießbrauch, ebenso wenn das Pfandrecht erlischt.

Im übrigen finden die gewöhnlichen Regeln über Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten Anwendung. Wäre z. B. der Nießbrauch an einer zum Schein begründeten Forderung auf Leistung einer Sache bestellt, und würde der Schuldner, der von der Nießbrauchbestellung gehört hat, die Sache dem Nießbraucher hinsenden, dieser aber, in der Meinung, der Gläubiger wäre der Absender, sie nach Beendigung des Nießbrauches letzterem zurückschicken, so würde er dem Schuldner nicht haften. Denn auf den Nießbrauch an Rechten finden die Vorschriften über Nießbrauch an Sachen entsprechende Anwendung, mithin auch § 1058 B.G.B. Nach dieser Bestimmung aber gilt im Verhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer zugunsten des Nießbrauchers der Besteller als Eigentümer; bei entsprechender Anwendung müßte man an die Stelle des Eigentümers den Berechtigten setzen. Der Besteller wäre hier der Scheingläubiger; er gilt also zugunsten des Nießbrauchers als der Berechtigte.

Der Schuldner könnte andrerseits von diesem sein Eigentum zurückfordern, gegen den Nießbraucher hat er jedoch wie gesagt einen Anspruch nicht.

Schluß.

Die Frage, inwieweit der § 405 auf vor dem B.G.B. entstandene Schuldverhältnisse Anwendung findet, ist durch eine spezielle Gesetzesbestimmung nicht geregelt. Es ist dies daher auf Grund des allgemeinen für das Recht der Schuldverhältnisse geltenden Artikel 170 E. G. zum B.G.B. zu

entscheiden. Für die Gebiete des gemeinen und französischen Rechtes, in denen schon vor dem 1. Januar 1900 dem gutgläubigen Erwerber der Schutz, wie ihn § 405 normiert, zur Seite stand, hat diese Frage natürlich eine praktische Bedeutung nicht, wohl aber für die anderen Rechtsgebiete, besonders für dasjenige des Allgem. Preuß. Landrechtes.

Betrachten wir zunächst den Fall, daß das Scheinschuldverhältnis vor dem 1. Januar 1900 eingegangen und die Urkunde ebenfalls vor dieser Zeit ausgestellt ist. Ist hier die Abtretung vor dem 1. Januar 1900 erfolgt, gilt selbstverständlich das alte Recht; dasselbe ist aber auch anzunehmen, wenn die Abtretung nach dem genannten Zeitpunkt erfolgt. Denn die Wirkungen eines Rechtes bestimmen sich, falls nicht durch positive Norm etwas anderes bestimmt ist, nach demjenigen Rechte, unter dessen Geltung es entstanden ist. Der in § 405 normierte Schutz des gutgläubigen Dritten ist eine Wirkung der Ausstellung der Urkunde, und diese Wirkung kann daher nur eintreten, wenn dieselbe dem betreffenden Rechtsgeschäft zurzeit seiner Entstehung innegewohnt hat.[1])

Anders liegt es, wenn die Begründung der Scheinforderung vor, die Ausstellung der Urkunde nach dem Inkrafttreten des B.G.B. erfolgt und darauf die Forderung abgetreten wäre. An sich würde auch hier der Grundsatz Platz greifen, daß sich die Wirkungen der Willensmängel nach altem Recht bestimmen müßten, die Forderung also nichtig wäre und bliebe. Zu diesem an sich nichtigen Rechtsgeschäft aber tritt eine Tatsache, durch die für das Schuld-

[1]) Ebenso Planck, Bd. VI. S. 278; Habicht S. 176 Anm. 1.

verhältnis ein Tatbestand von ganz selbständiger neuer Bedeutung geschaffen worden ist. Es ist diese Tatsache, nämlich die Ausstellung der Urkunde, ein völlig neues Rechtsgeschäft, welches, allerdings in Verbindung mit dem vorhandenen Tatbestande, ganz neue Wirkungen hervorbringt, und diese richten sich nach der Zeit seiner Entstehung. Diese Wirkungen sind eben, daß der gutgläubige Erwerber sich auf den Inhalt der Urkunde in gewissen Beziehungen verlassen kann.[1]) In diesem Falle treten mithin zugunsten des gutgläubigen Erwerbers die in § 405 enthaltenen Schutzvorschriften ein.

[1]) Vgl. R.G. Bd. 50 S. 254.